

Un assouplissement du principe du contradictoire par la Cour européenne des droits de l'homme

Jean-François Renucci, Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

1 - Dans la présente affaire, les requérants ont été condamnés sur le fondement de témoignages dont les auteurs n'avaient pas subi de contre-interrogatoire à l'audience. L'un des requérants était accusé d'avoir agressé deux de ses patientes après les avoir placées sous hypnose : l'une d'elles s'est suicidée mais, auparavant, la police avait recueilli sa déposition qui a été lue au jury lors du procès. L'autre requérant était accusé d'avoir poignardé l'un de ses compatriotes lors d'une bagarre entre bandes rivales, mais le témoin qui l'accusait avait trop peur pour comparaître en personne ou même témoigner derrière un écran : sa déposition a été cependant lue aux jurés.

La question qui se pose est celle de la compatibilité de la preuve par oui-dire, admise au Royaume-Uni⁽¹⁾, avec les exigences européennes. Il est intéressant d'observer que l'affaire intervient à un moment où le Royaume-Uni monte davantage encore en puissance au sein du Conseil de l'Europe puisqu'il assure la présidence du Comité des ministres alors que le juge britannique préside la Cour européenne des droits de l'homme. Mais l'affaire intervient aussi à un moment où les relations entre Londres et Strasbourg sont tendues, en particulier depuis le contentieux sur la privation du droit de vote des détenus après condamnation : les juges européens ont estimé qu'il y avait là une violation des exigences européennes⁽²⁾ mais les autorités britanniques n'ont pas pour autant modifié leur législation⁽³⁾ ; les passions se sont alors déchaînées, l'idée d'une dénonciation de la Convention a même été avancée et une commission chargée de réfléchir sur les éventuelles conséquences pour le Royaume-Uni d'une sortie de la Convention EDH a été constituée⁽⁴⁾. Un nouveau front dans cette bataille a failli s'ouvrir avec l'affaire objet de notre commentaire mais la guerre de la preuve par oui-dire n'aura pas lieu, la grande chambre ayant rendu un arrêt d'apaisement.

2 - L'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* est important, tant sur le plan théorique puisqu'une garantie procédurale majeure, le principe du contradictoire, fait l'objet d'un assouplissement, que sur le plan pratique puisque désormais la tâche des autorités judiciaires et surtout de l'accusation sera facilitée. L'inflexion jurisprudentielle du droit à un procès équitable avec l'abandon dans certains cas du contre-interrogatoire constitue une évolution forte, sinon un revirement, de la jurisprudence de la Cour. Rappelons que l'article 6, § 3, d), de la Convention précise que tout accusé a droit à « *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* » : le droit à un procès équitable impose, avant qu'un accusé ne puisse être déclaré coupable, que tous les éléments à charge soient produits devant lui en audience publique en vue d'un débat contradictoire. C'est dire l'importance du droit d'interroger ou de faire interroger les témoins. Le principe subsiste mais il est tempéré.

Jusqu'à la présente affaire, ce principe était appliqué avec rigueur par la Cour européenne qui a toujours jugé que « *lorsqu'une condamnation se fondait uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déposition d'un témoin absent, les droits de la défense pouvaient se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 de la Convention* »⁽⁵⁾. C'est ainsi que, saisie par MM. Al-Khawaja et Tahery, la Cour, le 20 janvier 2009, a tout d'abord estimé que cela était une violation du droit à un procès équitable⁽⁶⁾. Les juges britanniques sont passés outre, la Cour suprême ayant expressément refusé d'appliquer à deux autres affaires soulevant des questions similaires la jurisprudence

européenne⁽⁷⁾. Finalement, la grande chambre de la Cour européenne, dans son arrêt du 15 décembre 2011, a assoupli sa jurisprudence estimant, comme les juridictions britanniques, que l'usage de la preuve par oui-dire ne porte pas forcément atteinte à l'équité du procès. Pour la Cour, une condamnation reposant uniquement ou dans une mesure déterminante sur la déposition d'un témoin absent n'emporte donc plus automatiquement violation de l'article 6 de la Convention : il n'y aura violation que si les éléments censés compenser les difficultés auxquelles la défense s'est trouvée dès lors confrontée ne sont pas suffisants.

Ce même principe est, désormais, appliqué avec une plus grande souplesse : le « droit à la confrontation » n'est plus un droit absolu mais relatif. Les juges européens ont en effet jugé que l'utilisation d'une preuve par oui-dire n'est pas forcément une violation de l'article 6 de la Convention : une condamnation fondée uniquement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins absents n'est plus, en soi, contraire à l'exigence d'équité du procès : les exigences conventionnelles sont sauvegardées dès lors que les inconvénients découlant du mode de preuve sont contrebalancés par des éléments solides et notamment par des garanties procédurales effectives. La grande chambre affine ainsi les règles applicables au témoin absent et l'on peut penser qu'il est logique de les étendre aux témoins anonymes. Le principe du contradictoire est assoupli mais, bien évidemment, l'admission de la déposition du témoin en lieu et place de sa déposition au procès ne peut intervenir qu'en dernier recours : toutes autres possibilités doivent être impossibles à mettre en oeuvre.

3 - Il faut aussi que l'absence de témoins soit justifiée par des motifs sérieux. A cet égard, seules sont pertinentes les absences pour cause de peur ou de décès. Dans ce dernier cas, le témoignage ne peut être pris en compte que si la déposition a été versée au dossier. Si l'absence est due à la peur, une distinction doit être faite selon l'origine de la peur.

Si la peur est imputable à l'accusé ou à des personnes agissant pour son compte, il est normal que le juge autorise la lecture de la déposition du témoin au procès sans le contraindre à comparaître ou à le soumettre à un contre-interrogatoire, et il doit en être ainsi même si cette déposition constitue la preuve unique ou déterminante contre l'accusé : il serait incompatible avec les droits des victimes et des témoins de permettre à un accusé ayant cherché à intimider des témoins de tirer profit de ses manoeuvres. Cela serait moralement inacceptable mais aussi juridiquement critiquable, la Cour estimant que l'accusé qui agit de la sorte est réputé avoir renoncé à son droit garanti par l'article 6, § 3, d), d'interroger les témoins en question. Le raisonnement est séduisant même s'il n'est pas totalement à l'abri de la critique dans la mesure où la renonciation à l'un des droits de l'article 6, si elle est possible, doit cependant être non équivoque : mais il est vrai que ladite renonciation peut être tacite, et l'on peut assurément penser que tel est le cas dans pareille situation. Un parallèle peut d'ailleurs être fait avec la jurisprudence américaine, la Cour suprême des Etats-Unis ayant jugé que l'accusé est déchu de son droit à une confrontation dès lors qu'il a intimidé le témoin en vue de le dissuader de témoigner⁽⁸⁾.

Si la peur n'est pas imputable à l'accusé ou à des personnes agissant pour son compte mais découle de la notoriété de ce dernier ou de ses acolytes, la situation est différente. La peur subjective ressentie par le témoin ne suffit pas à le dispenser de comparaître. Dans pareil cas, le juge doit vérifier si cette peur est fondée sur des motifs objectifs et si lesdits motifs reposent sur des éléments concrets.

4 - Lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des témoignages qui n'ont pu être contredits pendant la procédure, le risque d'une violation de l'article 6 reste important. Malgré tout, et c'est tout l'apport de l'arrêt objet du présent commentaire, cette règle de la preuve unique et déterminante ne peut être considérée comme une règle absolue emportant automatiquement violation du droit à un procès équitable. Une application inflexible de la règle en ignorant les spécificités nationales serait en outre contraire à la manière dont la Cour examine habituellement la question de l'équité globale du procès.

Certes, l'accusé doit logiquement avoir une possibilité réelle de s'opposer aux allégations dont il fait l'objet : il doit pouvoir contester la probité et la crédibilité de son accusateur, ce qui implique qu'il connaisse son identité, et il doit aussi pouvoir mettre à l'épreuve la sincérité et

la fiabilité de son témoignage en l'interrogeant ou en le faisant interroger oralement en sa présence. Mais en réalité la Cour va, dans chaque cas, évaluer l'incidence de l'impossibilité pour l'accusé d'interroger ou de faire interroger les témoins sur l'équité globale du procès. Pour les juges de Strasbourg, il serait injuste d'examiner l'équité d'une procédure en appliquant la règle de la preuve unique ou déterminante de manière trop rigide. En définitive, la seule question qui vaille est de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci. Une condamnation ne sera donc prononcée que si la déposition du témoin absent est suffisamment fiable compte tenu de son importance dans la cause.

Tout dépendra par conséquent des circonstances de l'espèce et c'est pourquoi dans cette affaire *Al-Khawaja et Tahery*, la violation a été retenue pour le second requérant mais pas pour le premier. Dans les deux cas, les jurés avaient été mis en garde par le juge national, lequel leur a demandé d'accorder moins de poids aux dépositions litigieuses en raison de l'absence de contre-interrogatoire et aussi en raison du fait qu'ils n'avaient pas eu la possibilité de voir et d'entendre les témoins. Mais concernant M. Al-Khawaja, et contrairement à M. Tahery, la déposition était corroborée par d'autres déclarations, de sorte que les preuves présentées par l'accusation ont permis aux jurés d'apprécier correctement et équitablement la possibilité des allégations du témoin. La situation était différente pour M. Tahery qui n'a pas pu soumettre à un contre-interrogatoire le seul témoin disposé à rapporter ce qu'il avait vu et lui demander à cette occasion de préciser ses déclarations : c'est dire que, ni le fait que le requérant ait pu contester lui-même la déposition, ni la mise en garde énergique du juge national, n'ont suffisamment compensé les difficultés de la défense du fait de l'admission de cette déposition non vérifiée du seul témoin à charge.





5 - La solution consacrée par la grande chambre n'est évidemment pas sans risques, d'autant plus que sa mise en oeuvre n'est pas toujours facile compte tenu de l'imprécision des critères d'application. Mais elle est cependant équilibrée et finalement réaliste, surtout que les autres principes généraux forgés au fil du temps en matière probatoire sont confirmés par l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (9). Elle témoigne aussi de la réalité du dialogue entre les juges nationaux et européens, ce qui est sain et judicieux, ainsi que l'a déclaré l'actuel président de la Cour de Strasbourg (10).

D'aucuns pourront voir dans cette attitude pragmatique un recul, voire même un nouveau recul, de la Cour de Strasbourg sous la pression des Etats là où la Chambre, parfois à l'unanimité, s'était montrée ferme et résolue (11). Il est vrai que dans cette affaire *Al-Khawaja et Tahery*, deux des juges ont déploré « une évolution extrêmement préoccupante pour l'avenir de la protection judiciaire des droits de l'homme en Europe » (12). Il est d'ailleurs intéressant d'observer que, confrontée à la même difficulté, la jurisprudence américaine a évolué dans un sens contraire : le 6^e amendement de la Constitution américaine garantit à tout accusé en matière pénale d'être confronté aux témoins à charge : si dans un premier temps la Cour suprême des Etats-Unis a jugé que des éléments de preuve présentant des « garanties particulières de fiabilité » pouvaient être retenus même en l'absence de confrontation (13), elle est rapidement revenue sur sa jurisprudence, faisant de la confrontation un droit absolu (14), la seule exception étant l'attitude malveillante de l'accusé (15). La critique est pertinente mais la solution européenne mérite l'approbation, tant il est vrai que ses points positifs semblent l'emporter, ne serait-ce que sa souplesse et son adaptabilité permettant une meilleure prise en compte des réalités et des enjeux.

Mots clés :

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Procès équitable * Principe du contradictoire * Audition de témoin * Preuve par oui-dire

(1) Art. 23 de la loi de 1988 sur la justice pénale ; art. 114 de la loi de 2003 sur la justice pénale (exception au principe). V. not., M. Delmas-Marty (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, PUF, coll. Thémis, 1995, p. 531 s. ; J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Précis Dalloz, 2008, 3 n° 215 s.

(2) CEDH 6 oct. 2005, n° 74025/01, *Hirst c/ Royaume-Uni*, AJDA 2006. 466, chron. J.-F. Flauss  ; RSC 2006. 662, chron. F. Massias  ; 23 nov. 2010, n° 60041/08, *Greens et M.T. c/ Royaume-Uni*, D. 2011. 193, obs. J.-F. Renucci  ; RSC 2011. 226, obs. J.-P. Marguénaud .

(3) A noter que le 2 nov. dernier, la Cour de Strasbourg a tenu une audience de grande chambre dans l'affaire *Scoppola n° 3 c/ Italie*, laquelle porte également sur la déchéance du droit de vote des détenus après condamnation. L'arrêt est très attendu.

(4) Sur ces menaces pour la CEDH, V. *Le Monde*, 28 oct. 2011.

(5) CEDH 27 févr. 2001, n° 33354/96, *Lucà c/ Italie*, § 40. V. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 4^e éd., LGDJ, coll. manuel, 2010, n° 334, et les réf.







(6) CEDH 20 janv. 2009, *Al-Khawaja et Tahery*, n° 26766/05 et n° 22228/06.

(7) C. suprême R.-U., 9 déc. 2009, *R. v. Horncastle and others*, 2009, UKSC 14.

(8) Aff. *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006) ; *Giles v. California*, 554 U.S. 353 (2008).

(9) Ainsi, les droits de la défense contenus dans le § 3 de l'art. 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le § 1^{er} de ce même article dont il faut tenir compte pour apprécier l'équité de la procédure. De plus, la Cour s'attache à déterminer si, dans son ensemble, la procédure a été équitable, vérifiant par conséquent le respect, non seulement des droits de la défense mais aussi de l'intérêt du public et des victimes à ce que les auteurs de l'infraction soient dûment poursuivis, et si nécessaire les droits des témoins. Enfin, la Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève du droit interne et des juridictions nationales, sa seule tâche consistant à déterminer si la procédure a été équitable (§ 118).

(10) N. Bratza, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, *European Human Rights Law Review* 2011, n° 5, p. 505 s.

(11) N. Hervieu, Admissibilité des preuves par oui-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale, CPDH, *Le Monde.fr*, 19 déc. 2011. Au titre de ces reculs, l'auteur évoque notamment l'affaire des crucifix (CEDH 18 mars 2011, n° 30814/06, *Lautsi c/ Italie*, D. 2011. 949, obs. O. Bachelet , et 809, édito F. Rome  ; AJDA 2011. 594  ; RTD civ. 2011. 303, obs. J.-P. Marguénaud ) ou encore la question des procréations médicalement assistées (CEDH 3 nov. 2011, n° 57813/00, *Autriche*, D. 2011. 2870  ; AJ fam. 2011. 608, obs. A. Mirkovic .

(12) Opinion commune partiellement dissidente des juges Sajov et Karakas, ss. l'arrêt *Al-Khawaja et Tahéry*, préc.

(13) Aff. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

(14) Aff. *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 ; *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 129 S. Ct. 2527 (2009) ; *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S. Ct. 2705 (2011).

(15) V. *supra*, n° 3.